

POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DE REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RPPS) PREVISTA NO § 22 DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ART. 34 DA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019.

Theuryn Saches Loureiro Figueiredo¹
Bruno de Souza Cavalcante²

RESUMO: Busca-se analisar a evolução normativa da previdência social no Brasil, com enfoque na reforma previdenciária promovida pela Emenda Constitucional 103, de 13 de novembro de 2019, e suas implicações para os regimes próprios de previdência social (RPPS), considerando que a diferença de tratamento entre servidor público e trabalhador do setor privado está explicitamente presente desde a Constituição de 1934 e foi mantida pela Constituição de 1988. Adota-se o método dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica, documental e legislação para demonstrar a transição paradigmática desde 1988 do regime previdenciário dos servidores públicos de um modelo essencialmente não contributivo para um regime contributivo e sinalagmático, aproximando-o progressivamente do regime geral de previdência social (RGPS). Com base na Emenda Constitucional 103/2019, conclui-se que, embora não tenha previsto a extinção pura e simples de RPPS, estabeleceu tendência de extinção desses regimes próprios pelos entes federativos que os instituíram, devido a aspectos econômicos e financeiros, e, conseqüente adesão ao regime geral de previdência social (RGPS).

Palavras-chave: Previdência Social. Regime Próprio. Extinção. Reforma da Previdência.

1320

ABSTRACT: The aim is to analyze the normative evolution of social security in Brazil, focusing on the social security reform promoted by Constitutional Amendment 103, of November 13, 2019, and its implications for the own social security regimes (RPPS), considering that the difference in treatment between public servants and workers in the private sector has been explicitly present since the 1934 Constitution and was maintained by the 1988 Constitution. The deductive method is adopted, based on research bibliography, documents and legislation to demonstrate the paradigmatic transition since 1988 of the public servants' pension regime from an essentially non-contributory model to a contributory and signalagmatic regime, progressively bringing it closer to the general social security regime (RGPS). Based on Constitutional Amendment 103/2019, it is concluded that, although it did not foresee the pure and simple extinction of RPPS, it established a tendency for these regimes to be extinguished by the federative entities that established them, due to economic and financial aspects, and consequently adherence to the general social security regime (RGPS).

Keywords: Social Security. Own Regime. Extinction. Pension Reform.

¹Graduando em Direito. Universidade Federal do Amazonas-UFAM.

²Doutor e Mestre em economia pela Universidade católica de Brasília. Doutor em Direito pela Universidade católica de Santa Fe-AR. Orientador Universidade Federal do Amazonas. Professor do Departamento de Direito Aplicado da Faculdade de Direito da UFAM.

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional 103/2019 inaugurou um marco na previdência social brasileira ao constitucionalizar a possibilidade de extinção dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), anteriormente instituídos pelos entes federativos. Tal previsão representa um rompimento significativo com o modelo previdenciário tradicional, baseado na dicotomia entre o regime dos servidores públicos e o regime geral destinado aos trabalhadores da iniciativa privada.

Para compreender os impactos dessa mudança, é necessário revisitar a origem e a evolução do sistema previdenciário brasileiro, os motivos que ensejaram a reforma de 2019 e os desafios estruturais enfrentados pelos RPPS. Neste contexto, discute-se a viabilidade da manutenção desses regimes e as consequências de sua eventual extinção para servidores públicos, entes federativos e o equilíbrio das contas públicas.

O sistema brasileiro está estruturado em três regimes distintos para a previdência social: o regime próprio, o regime geral e o regime complementar. O primeiro é dedicado ao servidor público. O segundo ao trabalhador privado. O terceiro pode ser utilizado por ambos os públicos e possui natureza distinta de capitalização individual, enquanto os demais são baseados na solidariedade intergeracional.

1321

1 - A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO PREVIDENCIÁRIO NO BRASIL

A leitura da atual constituição traz a dicotomia de tratamento para a previdência do servidor público e do trabalhador privado. O primeiro é tratado no artigo 40 e o segundo no artigo 202. O sentimento republicano imporia que todos os trabalhadores brasileiros fossem tratados no mesmo artigo. A investigação demonstra que vem de longe essa dicotomia.

No caso brasileiro, é possível dividir a evolução histórica em três períodos (Nogueira, 2012). Antes de 1988, a previdência do servidor público é entendida como extensão natural da relação de trabalho, como se o servidor aposentado continuasse em exercício, apenas não havendo produção. Esse modelo é baseado no custo do servidor aposentado pertencendo à sociedade, assim como o era quando na ativa.

No segundo período, de 1988 a 1998, a situação permanece intacta quanto à natureza extensiva da relação trabalhista à previdenciária, mas surge a ideia do regime próprio de previdência social destinado ao servidor público. Surge o embrião da separação entre aposentado

e ativo. Muitos entes federativos criam o seu regime próprio, mas não o abastecem com os recursos necessários para as despesas.

O terceiro período, a partir da Emenda Constitucional 20/1998, nomeou explicitamente de “regime” o sistema previdenciário do servidor e estabeleceu as premissas de seu funcionamento sinalagmático. Já aparece explícita a natureza contributiva, indicando o rompimento com o paradigma benéfico.

O déficit previdenciário em relação ao servidor público pode ser logo vislumbrado no primeiro período porque a relação de trabalho foi considerada suficiente para originar o benefício previdenciário, sem necessidade de contrapartida. Isso ocorreu desde a origem colonial, passando pelo império e depois república. Trata-se de matriz do sistema ibérico com mistura entre o patrimônio público e do soberano.

O vocábulo servidor em português tem interpretação benevolente de alguém que presta o serviço ao público e em benefício desse público. Contudo, a origem etimológica denota uma relação de submissão patrimonialista, o que levava à obrigação de lealdade com o soberano. O servidor era mais que um trabalhador; era um representante leal ao soberano e mereceria retirar-se com seus direitos intactos, sem que tivesse contribuído financeiramente (Nogueira, 2012).

Isso explica os primeiros sistemas de proteção previdenciária estarem invariavelmente ligados ao serviço prestado ao governo ou ao soberano. Servidores ligados à segurança (militares), às relações entre estados (diplomacia), ao julgamento de conflitos (justiça) e arrecadação de impostos (tributário) são os primeiros a possuir algum grau de proteção na idade avançada. Trabalhadores privados conseguem algum grau de proteção desde que laborassem conectados a alguma necessidade pública: estradas de ferro, correios, capatazia. A universalização da proteção é bem mais recente.

A diferenciação de tratamento nas constituições brasileiras é relativamente fácil de encontrar ante a normalidade com que foi aceita pela sociedade.

A Constituição de 1824 faz uma indireta referência ao que atualmente denomina-se previdência social, mas não apresenta a dicotomia previdenciária, quando no inc. XXXI do art. 179 assegura que “A Constituição também garante os socorros públicos”.

O art. 75 da Constituição de 1891 já apresenta referência expressa à previdência do servidor público, mas não faz qualquer menção à do trabalhador privado.

Com a Constituição de 1934, a dicotomia tornou-se explícita, justamente a constituição que rompeu com o liberalismo. Explicitou ao dedicar o artigo 170 exclusivamente à previdência

do servidor público e dedicar apenas uma menção na ordem econômica e social, na alínea “h” do §1º do art. 121, à instituição de previdência ao trabalhador privado.

A Constituição de 1937 manteve quase intacto o quadro por meio dos artigos 137 e 156, para o trabalhador privado e para o servidor público, respectivamente.

A reação democrática-liberal presente na Constituição de 1946 manteve a dicotomia, nos artigos 157 e 191, em que pese a reconstrução nacional tivesse potencial para mudança. Esboça-se também o núcleo do que viria a ser o conceito de seguridade social, ultrapassando da previdência para atingir assistência e saúde.

A Emenda Constitucional nº 11, de 1965, acrescentou o §2º ao art. 157, trazendo o alerta pioneiro de colapso das contas públicas, embora tratando apenas do regime de previdência do trabalhador privado.

§ 2º Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social poderá ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1965)

Por sua efemeridade, ultrapassamos a Constituição de 1967 e vamos direto à Emenda Constitucional n. 1, de 1969, para demonstrar que os artigos 165 e 101 mantêm a dicotomia.

Não se está afirmando que a diferenciação é injusta, mas que está explícita desde 1934 em nível constitucional indicando que a sociedade sempre concordou.

1323

A Constituição de 1988 implantou o conceito de seguridade social, mais amplo do que previdência social, incluindo a saúde e a assistência social. Há um espraiamento pelos art. 6º, inc. IV do art. 7º e inc. XVI do art. 165, de dispositivos de proteção previdenciária ao trabalhador. Contudo, a redação original manteve a dicotomia previdenciária nos arts. 201 e 202 para o trabalhador privado e art. 40 para o servidor público.

O processo de elaboração da constituição de 1988, embora rápido, foi complexo porque já existia o senso de participação da sociedade, ainda que os meios de comunicação não permitissem o que atualmente permitem as redes sociais.

O presidente José Sarney criou em 3/9/1985 a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, cujo relatório final constitui o que ficou conhecido como Anteprojeto Afonso Arinos, publicado no Diário Oficial da União de 26/9/1986, mas jamais formalmente encaminhado à Assembleia Nacional Constituinte. Julgou-se inadequado que a nova ordem jurídica surgisse de uma base pré-definida por notáveis. Mas é verdadeira a hipótese de que esse anteprojeto foi amplamente consultado. E nele é possível encontrar a dicotomia previdenciária

nos art. 347 e 256 (Brasil, 1986).

A Assembleia Nacional Constituinte teve início em 1º/2/1987 e terminou em 3/10/1988, foi organizada em oito comissões temáticas, cada uma com três subcomissões. É esclarecedor que na comissão da ordem social existiu a “Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos” para verificar que já no título permanecia a separação de tratamento.

A Câmara do Deputados disponibiliza ferramental de pesquisa sobre sugestões populares enviadas aos constituintes. É possível encontrar uma sugestão popular feita em 23/2/1986, pela Senhora Ruth Gruner Vieira, de Blumenau/SC, com o seguinte lembrete “*Que o tempo de serviço para aposentadoria do servidor público seja igual aos dos que contribuem para o INPS e a idade mínima também de 60 anos para a mulher e 65 anos para o homem. Somos todos humanos e brasileiros, por isso não concordo com toda classe, com a discriminação. Seja também facultado ao trabalhador brasileiro (todos) e não apenas ao Juiz substituto, optar por sua aposentadoria (que mais lhe convém). É mais uma discriminação entre o mesmo povo*”³.

A Constituição de 1988 confirmou a tradição brasileira do tratamento diferenciado previdenciário entre servidor público e trabalhador privado, no que consumou-se em dois regimes distintos de previdência, o regime próprio (RPPS) e o regime geral de previdência social (RGPS), respectivamente.

2 - CARACTERÍSTICA DE UM REGIME PRÓPRIO OU GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

O tratamento diferenciado previdenciário foi paramétrico, ou seja, baseado em requisito numérico. Por exemplo, tempo de serviço, idade mínima ou ausência de idade mínima, valor inicial da aposentadoria, critério de atualização do valor da aposentadoria.

A diferenciação paramétrica é insuficiente para caracterizar a existência de um regime próprio porque estabelece apenas critérios numéricos diferentes para aposentação, mas não estabelece um sistema completo.

Um regime de previdência exige a sustentabilidade como pedra fundamental. Sustentabilidade pode ser lida como equilíbrio atuarial. Portanto, um regime de previdência é definido quando prevê receita e despesa equilibrada a longo prazo, sem necessidade de aporte

³ Endereço consultado em 23/10/2024
<https://www.senado.leg.br/atividade/baseshist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=1&codDocumento=5092&sgBase=SAIC&q=Ruth+Gruner+Vieira>

extraordinário. A receita é relativamente fácil de prever, uma vez que é imediata pelos descontos no salário, mas a despesa é sempre difícil porque envolve previsão que pode chegar a setenta anos. Essa projeção equilibrada a longuíssimo prazo é o equilíbrio atuarial.

A redação original do art. 40 da Constituição de 1988 estabeleceu apenas critério paramétrico. Mas o constituinte original foi atento e previu no §5º do art. 195 a necessidade de fonte do recurso quando se estabelece despesa da seguridade social, incluída a previdenciária. A sustentabilidade atuarial está implícita nesse dispositivo.

Apenas cinco anos após a promulgação, surgiu a primeira mudança para instituir um regime próprio com a Emenda Constitucional 3, de 17/3/1993, que acrescentou um parágrafo ao art. 40 para instituir que o regime próprio seria doravante custeado com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores.

Esse é o primeiro passo constitucional para o equilíbrio atuarial de regime próprio de previdência social na União, pois estabelece o preceito contributivo. Contudo, não chega a explicitar a necessidade do equilíbrio. Foi preciso esperar até 1998 para surgirem mudanças legais e constitucional que fortalecem a atuária e culminam na Emenda Constitucional 20/1998.

Existia, entretanto, um dispositivo original que permitia a cobrança da contribuição do servidor, mas apenas aos entes subnacionais, não se conseguindo estabelecer o motivo de não constar referência à União. Ainda assim, o parágrafo púnico do art. 149 da constituição, em sua redação original, deixava claro ser opcional a cobrança.

Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.

Cabe esclarecer o que ocorreu entre 1988 e 1998 em relação à criação de novos regimes próprios pelos entes subnacionais. Segundo dados extraídos do Ministério da Previdência Social, considerando a União, os Estados e Municípios, até 1988 existiam 251 regimes próprios (Nogueira, 2012): União, todos os Estados e o restante eram municípios de grande porte.

Esses regimes próprios eram formalmente constituídos, mas sem o suporte atuarial para qualificá-los. Isso ocorreu porque não havia qualquer regulamentação sobre como criar e manter um regime próprio. Ao fim de 1998 existiam 1.493 regimes próprios criados, cinco vezes mais do que em 1988.

Com a constituição de 1988 surgiu a figura do regime jurídico único para todos os entes federativos. Ocorre que todos os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que foram contratados no serviço público, o que era legal no ordenamento anterior, e

que tinham cinco anos de serviço, foram absorvidos pelo regime jurídico único, tornando-se servidores públicos. Esse comportamento ocorreu na União e nos demais entes federativos.

Essa massa de empregados públicos celetista obteve estabilidade, mas não a efetivação do vínculo ao regime jurídico único, pois necessário concurso público, nos termos do §1º do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), devendo como celetistas contribuir para o regime geral de previdência social, assim como o empregador.

Paralelamente, o desenvolvimento da máquina administrativa tributária da União, sempre a frente, fez com que houvesse forte cobrança tributária sobre a folha de pagamento dos entes subnacionais, em especial das pequenas e médias prefeituras. Não recolher o valor retido nem o valor ao seu encargo, sob argumento de falta de recurso financeiro, passou a trazer sérias consequências administrativas. Basta citar o principal custo para o empregador: a contribuição patronal de 20% sobre a folha de pagamento.

O raciocínio mais elementar foi economizar esse recurso para aplicar nas necessidades do município. A criação de regime próprio de previdência social, naquele momento, atendia a essa estratégia, apesar do passivo atuarial.

Se um prefeito criasse o regime próprio de previdência social poderia livrar-se do encargo patronal de 20% sobre folha de pagamento e continuaria cumprindo a lei. E mais, vislumbrava duas fontes extras de recursos imediatos: a) a compensação financeira oriunda do regime geral; b) a contribuição do servidor ao regime próprio no âmbito do ente federativo.

1326

Sem significar intenção maléfica, a conjunção desses fatores favorecia a criação do regime próprio de previdência social. Essa é a razão mais provável do crescimento vertiginoso da quantidade de prefeituras com regime próprio entre 1988 e 1998.

Mas haveria de se perguntar: as respectivas obrigações desse regime próprio seriam suficientes para retirar a imediata vantagem? Entendemos que sim. Mas é preciso lembrar que entre 1988 e 1998 houve limbo jurídico sobre regra geral para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social, o que somente veio ser sanado com a Lei 9.717/1998, de 27/11/1998. Com rigor, nada poderia ser cobrado em termos de equilíbrio atuarial, mas é certo que a economia imediata gerava um passivo atuarial.

Ao final de 1998 surgem as balizas para a instituição do regime próprio de previdência social. O limbo jurídico sob o qual repousou a criação turbinada de regime próprio foi sanado. O equilíbrio financeiro e atuarial surge como princípio explícito na constituição, deixando para traz a incidência apenas reflexa do §5º do art. 195 da constituição.

A lei 9.717/1998 dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal. Traz o conteúdo para regular a criação e a manutenção e um artigo tangenciando a extinção. A partir desse marco já não seria possível deixar de dotar da receita e da estrutura de gestão.

Art. 1º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios:

Curiosamente esta lei de regra geral foi editada apenas treze dias antes da primeira reforma da previdência feita pela Emenda Constitucional 20/1998, de 15/12/1998.

A EC 20/1998 modifica por completo o art. 40 da Constituição, transformando o sistema previdenciário do servidor público de um conjunto de regra paramétrico para o conceito de regime próprio de previdência social baseado no equilíbrio financeiro e atuarial.

Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Estão presentes todos os elementos para caracterizar a existência de um regime próprio de previdência social: a obrigatoriedade do caráter contributivo, não mais benéfico; a exigência do equilíbrio a curto prazo (financeiro) e a longo prazo (atuarial), para evitar aporte extra que recaia sobre a sociedade; o público restrito do regime, o servidor público de todos os entes.

1327

Entre 1999 e 2010 foram criados apenas 418 regimes próprios, de onde se conclui que essas normas tiveram impacto negativo na criação e sua vantagem financeira.

Contudo, a criação do regime próprio é obrigatória por parte do ente federativo? Essa questão mostrou-se controversa. A questão também pode ser colocada pelo lado do servidor público: é direito do servidor possuir um regime próprio de previdência social?

A expressão “regime próprio” é inexistente na redação original da Constituição. Não se pode dizer obrigatório em 1988 algo de tamanha envergadura que não estivesse declarado na constituição.

A Emenda Constitucional 3/1993 estabeleceu a obrigatoriedade da contribuição do servidor e da União, mas é apenas o primeiro pilar para instituir o regime próprio. Portanto, ainda não havia com a EC 3/1993 o aspecto formal obrigatório da criação de um regime próprio.

A interpretação é difícil a partir da EC 20/1998 porque utilizou-se de locução complexa

“Aos servidores ... é assegurado regime de previdência...”, restando interpretar se a expressão “é assegurado” seria uma norma mais próxima da imposição, do comando ou da prescrição (Bobbio, 2014). Também difícil conciliar com a autonomia plena do ente federativo definida no art. 18 da Constituição.

Para alguns entes federativos foi vantajoso criar o seu regime próprio de previdência. Para outros seria difícil. Veja-se o exemplo de pequenos municípios brasileiros com estrutura administrativa mínima para garantir o futuro previdenciário de seu servidor, considerando que o recurso deve ser aplicado em mercado complexo. Existia também a inadimplência da contribuição patronal e até a apropriação indébita da contribuição do servidor, diante de outras necessidades da população. Caso não instituído, o servidor regularmente admitido teria de contribuir para o regime geral de previdência social, gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), juntamente com o ente federativo sobre a folha de pagamento.

A depor contra a obrigatoriedade tem-se a possibilidade de extinção de regime próprio, porque só se extingue aquilo que existe, e, uma vez extinto volta-se a não ter. Ocorre que a Lei 9.717/1997 possui um último artigo prevendo a possibilidade de extinção do regime próprio, porém tratando somente do direito adquirido, deixando sem resposta a imensa maioria dos servidores que ainda não o teriam.

Art. 10. No caso de extinção de regime próprio de previdência social, a União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios assumirão integralmente a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a sua vigência, bem como daqueles benefícios cujos requisitos necessários a sua concessão foram implementados anteriormente à extinção do regime próprio de previdência social.

No momento da EC 20/1998 deve-se considerar a difícil interpretação para conciliar o art. 10 da Lei 9.717/1997 prevendo extinção do regime próprio com a nova redação do artigo 40 da constituição. Marina Andrade Pires de Sousa assim se posiciona (Nogueira, 2012):

Pela clareza e incisividade dos termos do dispositivo, especialmente da expressão é assegurado, parece, à primeira vista, que se está diante de uma norma de eficácia plena ou preceptiva exequível por si mesma de aplicabilidade direta e imediata. Ademais, não há, no caput do artigo, remissão à necessidade de edição de lei integradora. Entretanto, em que pese a não exigência expressa de lei, a análise mais minuciosa do dispositivo revela que o constituinte derivado incluiu regras ou critérios para instituição do regime e para assegurar a concessão dos benefícios que, implicitamente, não permitem sua aplicação imediata. Esses critérios requerem a edição de lei, além da adoção de outras providências de natureza administrativa, necessárias a conceder plena eficácia ao artigo.

[...] como norma jurídica integrante de uma Constituição rígida, o art. 40 da Constituição possui força normativa, devendo ser aplicado por todos os entes federados: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, não encontrando amparo, no ordenamento jurídico constitucional vigente, o entendimento de que seria permitido

ou facultado aos entes vincular seus servidores titulares de cargo efetivo ao Regime Geral de Previdência Social.

Ao sopesar todas as nuances, discordamos do parecer e entendemos que nunca houve meios para considerar obrigatória a criação do regime próprio, ficando ao encargo do ente federativo a decisão política. O art.10 da Lei 9.717/1997, embora incipiente, é compatível com o art. 40 da Constituição, com a redação dada pela EC 20/1998. Se permitiu a extinção então é lógico concluir pela não obrigatoriedade. A Emenda Constitucional 103/2019 deu nova redação ao artigo 40 para retirar a expressão “é assegurado”.

O importante é assentar que a partir da Lei 9.717/1998 e da EC 20/1998, ambas ao final de 1998, foi instituído o conceito de regime próprio de previdência social, apartado do tesouro nacional, custeado pelo beneficiário e pelo empregador, e pela sociedade por meio de impostos, mas não por meio de constante aporte extra para suprir déficit previdenciário.

Há rompimento com toda a história anterior da previdência do setor público brasileiro, uma vez que o benefício deixou de ser uma benesse pela lealdade do servidor, devendo comportar-se como um negócio com obrigação definida e benefício com garantia.

3 - A REFORMA DE 2019 E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA POSSÍVEL EXTINÇÃO DE REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

1329

A Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019, desenvolveu-se sob o panorama de unificar direitos e deveres dos regimes previdenciários, o que vinha sendo perseguido desde a EC 20/1998. A busca pela unificação das regras reflete o perfil liberal da liderança política do Presidente Jair Bolsonaro e de seu ministro da economia Paulo Guedes, que defendeu na exposição de motivos a necessidade imprescindível para garantir, de forma gradual, a sustentabilidade do sistema atual (Brasil, 2019).

Chama atenção a constitucionalização da possibilidade de extinção do regime próprio de previdência social para o ente federativo que o tenha implementado e a proibição de instituição para aquele ente que não o instituiu até a publicação da emenda.

A EC 103/2019, se não acolheu a extinção imediata de regime próprio de previdência social com a revogação do art. 40 da Constituição, deixou claro que o caminho pode levar à extinção gradativa. Foi incluído ao art. 40 da Constituição um parágrafo com esse potencial.

§ 22. Vedada a instituição de novos regimes próprios de previdência social, lei complementar federal estabelecerá, para os que já existam, normas gerais de organização, de funcionamento e de responsabilidade em sua gestão, dispondo, entre outros aspectos, sobre:

I - requisitos para sua extinção e conseqüente migração para o Regime Geral de Previdência Social;

À primeira leitura poderia interpretar-se referindo a regime de previdência dedicado a uma categoria profissional, conforme já ocorreu no passado, como o regime de previdência exclusivo para ferroviário, médico, advogado, ou qualquer outra categoria profissional. Contudo, não há na literatura qualquer menção nesse sentido. Aliás, o tratamento por categoria profissional foi banido com a Constituição ao instituir o regime geral de previdência social, acabando com os antigos institutos de pensão ou com as caixas de assistência, essas mantidas por empregador específico.

Portanto, a proibição estampada na primeira parte do §22 e a extinção tratada no inc. I referem-se ao regime próprio de previdência social do servidor público, referenciado no art. 40 da Constituição. Nessa constitucionalização, para que não pairasse dúvida, é que reside mudança de rumo da trajetória da previdência social do servidor público. Resta, então, verificar qual o impacto para os atores.

O que acontecerá com o servidor público caso seu regime próprio de previdência social seja extinto? Qual a vantagem ou desvantagem para o ente federativo? São questões que ainda não foram testadas em sua plenitude, seja pela recente alteração seja pela dificuldade em avaliar a melhor solução.

1330

Convém notar que o §22 do art. 40 da Constituição parece ter eficácia contida porque remete à edição de lei complementar, porém no corpo da EC 103/2019 foi previsto os preceitos de caráter temporário de plena eficácia. O constituinte derivado quis deixar operacional a mudança. Trata-se do art. 9º e do art. 34 da EC 103/2019 porque ambos regulam com eficácia imediata o §22 do art. 40 da Constituição.

No art. 9º consta a lista de preceito que orbita o regramento do regime próprio de previdência social, mas, não há menção à sua extinção.

Art. 9º Até que entre em vigor lei complementar que discipline o § 22 do art. 40 da Constituição Federal, aplicam-se aos regimes próprios de previdência social o disposto na Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, e o disposto neste artigo.

Somente no art. 34 foi tratada a extinção. Pensamos que esse tratamento específico só se justifica como um indicador de importância e da intenção subjacente em unificar os regimes.

Art. 34. Na hipótese de extinção por lei de regime previdenciário e migração dos respectivos segurados para o Regime Geral de Previdência Social, serão observados, até que lei federal disponha sobre a matéria, os seguintes requisitos pelo ente federativo:

I - assunção integral da responsabilidade pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a vigência do regime extinto, bem como daqueles cujos requisitos já tenham sido implementados antes da sua extinção;

II - previsão de mecanismo de ressarcimento ou de complementação de benefícios aos que tenham contribuído acima do limite máximo do Regime Geral de Previdência Social;

III - vinculação das reservas existentes no momento da extinção, exclusivamente:

a) ao pagamento dos benefícios concedidos e a conceder, ao ressarcimento de contribuições ou à complementação de benefícios, na forma dos incisos I e II; e

b) à compensação financeira com o Regime Geral de Previdência Social.

Parágrafo único. A existência de superavit atuarial não constitui óbice à extinção de regime próprio de previdência social e à consequente migração para o Regime Geral de Previdência Social.

Chama a atenção o fato de não constar no art. 34 da EC 103/2019 referência ao §22 do art. 40 da Constituição, levando em conta que o caput do art. 9º da referida emenda contém essa referência explícita. Contudo, a expressão “hipótese de extinção por lei de regime previdenciário e migração...” do caput do art. 34 somente pode referir-se ao §22 do art. 40 da Constituição.

Uma segunda observação importante diz respeito à previsão de lei federal, portanto, lei ordinária, para regular a hipótese de extinção de regime próprio de previdência social, em contraposição à lei complementar exigida para as outras regulações do art. 9º da EC 103/2019. Como sabido, a facilidade de aprovação é maior para lei ordinária do que para lei complementar.

1331

Já em relação aos três incisos do art. 34 da EC 103/2019, vê-se que foram incluídos para regular o complexo processo de extinção. O inciso I trata do direito adquirido, uma vez que o benefício previdenciário incorporado ao patrimônio deve ser mantido intacto em respeito ao inciso XXXVI do art. 5º da Constituição. O servidor público aposentado ou com direito a se aposentar no momento da publicação da EC 103/2019 terá seu benefício mantido pelo erário público do ente federativo, independentemente do regime a ser extinto.

O inciso II traz a equalização para o servidor público que não tem direito adquirido no momento da extinção, mas contribuiu sobre base acima do teto do regime geral de previdência social. Como a migração para o regime geral limita o benefício ao teto anual, que em 2024 foi de R\$ 7.786,02, tal servidor ficaria muito prejudicado. É necessário que seja restituído o valor contribuído a maior ou que gere uma complementação proporcional e independente do teto do regime geral. Não há no art. 34 da EC 103/2019, entretanto, norma geral sobre a forma de cálculo e critério de reajuste dessa complementação.

O inciso III trata do recurso financeiro angariado pelo regime a ser extinto. O fundo

financeiro deve ter destinação como acontece em todo caso de liquidação patrimonial. O inciso destina esse recurso ao cumprimento dos incisos I e II, no intuito de evitar que o erário arque com despesa específica, portanto, que não deve ser atendida por impostos.

Mas a parte impressionante é o que está explícito no parágrafo único porque diz que a extinção do regime próprio de previdência social pode ser adotada pelo ente federativo ainda que apresente superavit atuarial.

Ora, o superavit atuarial é prova do bom desempenho do regime próprio, sem risco à sociedade e em benefício do servidor público. O superavit atuarial está de acordo com a evolução desejada desde a EC 20/1998 e respeita, de forma moderna, a tradição brasileira de regime próprio de previdência social. Respeita a opção do constituinte originário pela existência de três regimes de previdência: o próprio, o geral e o complementar.

Estando tudo certo com o regime próprio do servidor público, a única justificativa para a extinção é basear-se na decisão política, portanto, discricionária, do governante. Vê-se o perfil liberal da EC 103/2019 nesse parágrafo único do art. 34.

A decisão política do governante deve ser aprovada por lei, mas o processo legislativo não garante por completo a segurança para refrear ímpeto ideológico, uma vez que depende do corpo de parlamentares que sempre muda, o que é salutar, mas pode tornar-se inseguro para a situação previdenciária do servidor público.

A possibilidade de extinção de regime próprio não tinha a mesma força antes desse mecanismo constitucional porque o tema foi tratado singelamente pelo artigo 10 da Lei 9.717/1998. Além disso, como vimos, a dúvida sobre a interpretação da locução “é assegurado” presente no art. 40 da Constituição desde a EC 20/1998 não subsiste porque não consta na nova redação dada pela EC 103/2019. Agora ficou claro que a instituição não era obrigatória e sua extinção, se instituído, pode efetuar-se.

Art.40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

A interpretação do conjunto formado pelo caput do art. 40 da Constituição, com a redação da EC 103/2019, com o art. 34 da EC 103/2019 leva a concluir que o constituinte derivado quis favorecer a possibilidade de extinção de regime próprio de previdência social e proibiu a criação de novo regime. O que é proibido de crescer tende a naturalmente desaparecer pelo processo entrópico. Ao final, parece ter vislumbrado a unificação gradativa no regime geral de

previdência social de todos os trabalhadores.

4 – CENÁRIOS E CONSEQUÊNCIAS DA EXTINÇÃO DOS RPPS

A motivação financeira é o fator que faz mover as empresas. Não é tão diferente quando se trata de ente federativo, uma vez que a quantidade de recurso financeiro é costuma ser inferior à demanda de serviço público. É comum que o gestor público a coloque como habilidade administrativa. Nesse sentido, o ente público tende a comportar-se como uma empresa.

Um ente federativo que não criasse seu regime próprio deveria ter seu servidor filiado ao regime geral de previdência social, tornando-se sujeito passivo das contribuições à seguridade social estabelecidas no art. 195 da Constituição. Já vimos que até o final de 1998, a conjugação da economia financeira imediata com a quitação previdenciária foram os fatores que motivaram a criação de regimes próprios. Pelo lado da fiscalização do regime próprio de previdência social não havia ainda a mesma desenvoltura administrativa substanciada no INSS nem a regulamentação necessária.

Em 2019, portanto, passados mais de vinte anos, a EC 103/2019 constitucionaliza a possível extinção desse mesmo regime próprio de previdência social, favorecendo essa opção por escolha política, como defendemos diante do parágrafo único do art. 34 da EC 103/2019.

1333

Teria se tornado mais oneroso ter um regime próprio em comparação à 1998? A resposta é certamente sim. Com o desenvolvimento da fiscalização por parte da Secretaria de Regime Próprio e Complementar (SRPC) do Ministério da Previdência Social (MPS) houve o aumento do custo organizacional e contributivo em relação ao regime geral de previdência social.

Em nível organizacional, a EC 103/2019 exige que o ente federativo estabeleça a adequação do órgão ou entidade gestora do regime próprio de previdência social no prazo de dois anos após a emenda. Essa entidade gestora deve possuir estrutura administrativa e operacional robusta. Significa, em regra, a criação de uma autarquia com alto custo de implantação e manutenção, além de quadro funcional especializado. O que o §6º do art. 9º da emenda dita é que cada ente federativo crie uma espécie de “INSS próprio” para gerir sua atividade previdenciária, o que torna-se caro para pequenos municípios.

Sabe-se que todos os estados da federação possuem regime próprio e instituíram sua respectiva autarquia. As capitais, idem. Quanto aos demais municípios, muitos não conseguem criá-la, mantendo a gerência no âmbito da administração direta, em pequenas estruturas administrativa não especializadas. Curioso é o caso da União que por ser financeiramente o

mais forte ente federativo deveria ter instituído sua gestão previdenciária especializada e jamais o fez e atualmente cada órgão ou entidade federal gerencia sua própria atividade previdenciária.

A eventual extinção do regime próprio levará à extinção dessa estrutura organizacional especializada, com economia levada em conta pelo gestor público atual pressionado no limite das disponibilidades.

Em nível contributivo, a economia está ligada com a crescente profissionalização da fiscalização do regime próprio de previdência social e ao cumprimento de todas as exigências para mantê-lo. Houve inversão em relação ao limbo jurídico que reinava entre 1988 e 1998 para o regime próprio.

A exigência da contribuição patronal ao regime próprio está fixada pela Lei 9.717/1998 como obrigatória e em até duas vezes o valor da contribuição do servidor público. Para cada um real de contribuição do servidor, o ente federativo deve recolher outro um real ou, dependendo da necessidade atuarial, até dois reais.

Art. 20 A contribuição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, aos regimes próprios de previdência social a que estejam vinculados seus servidores não poderá ser inferior ao valor da contribuição do servidor ativo, nem superior ao dobro desta contribuição. (Redação dada pela Lei nº 10.887, de 2004)

§ 10 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são responsáveis pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras do respectivo regime próprio, decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários. (Redação dada pela Lei nº 10.887, de 2004)

Ocorre que alíquota de contribuição para a previdência social foi alterada pelo art. 11 da EC 103/2019, variando de 7,5% a 22% de acordo com o nível do salário. Considerando que esse nível salarial do serviço público no Brasil é elevado, em cálculo expedito se adotarmos alíquota média de 16% facilmente pode-se chegar à contribuição patronal em 32% (o dobro), superior em 12% à contribuição patronal de 20% para o regime geral de previdência social.

Também há a obrigação de arcar com a eventual insuficiência financeira e destinar recurso do orçamento geral, tirando de outra área de serviços públicos, inclusive da parcela da população que jamais será beneficiária do regime próprio de previdência social. É o que está estampado no §1º do art. 2º da Lei 9.717/1998, acima colado.

Ao somar-se o custo organizacional ao custo contributivo chega-se à situação desvantajosa quando comparada com o custo do regime geral de previdência social. Talvez seja esse o motivo de o parágrafo único do art. 34 da EC 103/2019 permitir a extinção de regime próprio ainda que apresente superavit atuarial.

Não se está aqui afirmando intenção prejudicial em si mesma. Trata-se de uma opção do constituinte derivado para que o gestor avalie a melhor saída para o seu regime previdenciário, quase sempre deficitário. Em alguns casos, a extinção seja a única saída.

Contudo, fica um fundo de desconfiança ao perceber que no período de 1988 a 1998 em que foi vantajosa a criação do regime próprio, houve apoio ou ao menos inércia quanto ao aproveitamento desregado. E agora que o aparelho burocrático está profissionalizado e o quadro legal estabelecido, surge apoio para extinção ante a desvantagem financeira em relação ao regime geral de previdência social.

Para além desse jogo financeiro, está o servidor público afetado pela extinção do regime próprio. Se possuir direito adquirido, nada o afetará e seu benefício será custeado pelo ente federativo até a cessação. Se está no período de contribuição, haverá de ter compensação nos termos do inciso II do art. 34 da EC 103/2019. Se for admitido após a extinção, haverá de pertencer ao regime geral de previdência social, nos termos do art. 201 da Constituição.

5 - O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E SUA INTERSEÇÃO COM O RPPS

Mas há uma questão que fica obscura nessa possível extinção do RPPS. Não foi objeto desse estudo o regime de previdência complementar (RPC), nos termos dos §§14 a 16 do art. 40 da Constituição, com a inclusão feita pela EC 20/1998. Contudo, basta saber que o ente federativo que tenha instituído seu RPPS está obrigado a instituir o RPC em até dois anos, nos termos do §6º do art. 9º da EC 103/2019, prazo que encerrou-se em 13/11/2021. Por outro lado, a EC 103/2019 proibiu a criação de novo regime próprio de previdência. Em resumo, o ente federativo que instituiu o regime próprio até 12/11/2019 deve obrigatoriamente instituir o respectivo regime de previdência complementar até 13/11/2021.

O RPC estabelece um sistema misto de previdência em que o ente federativo mantém o regime próprio de previdência social, porém com responsabilidade somente até o teto do regime geral de previdência social que foi de R\$ 7.786,02 em 2024. Caso o servidor público aufira rendimento mensal maior, caberá a ele optar pela adesão ao regime de previdência complementar instituído pelo ente federativo, nos termos do 202 da Constituição.

Esse regime complementar é de capitalização individual e de contribuição definida, ou seja, toda a contribuição é separada em conta individual e aplicada financeiramente no mercado de capital para aumentar a força do montante. Por ser de contribuição definida, esse mesmo

montante será a única base para manter o benefício futuro. Portanto, não há risco atuarial, uma vez que o benefício futuro acaba quando consome o montante.

Mas, afinal, qual é a vantagem para o servidor público em aderir ao regime de previdência complementar? Muito se tem falado sobre a vantagem de regime de capitalização, com base no desenvolvimento da economia e expressivo ganho de capital, o que aumenta a força do montante e o valor futuro do benefício previdenciário. Contudo, o investimento financeiro é cheio de riscos e pode haver perda real.

O caso norte americano é citado com frequência como sucesso em sistema previdenciário por capitalização individual, mostrando trabalhadores em proteção de idade avançada e com qualidade de vida incluindo o lazer e a saúde. Por outro lado, recentemente muito fala-se sobre o caso do Chile em que após trinta anos de capitalização previdenciária individual, o valor do benefício é pequeno, muitas vezes inferior ao salário-mínimo.

Esse quadro duvidoso poderia levar o servidor público a optar por não aderir ao regime de previdência complementar, uma vez que a adesão é sempre facultativa. Mas a Constituição (§3º do art. 202, copiado acima) e a lei previram um incentivo à adesão pela obrigatoriedade de o ente patronal contribuir com o mesmo tanto que o trabalhador, conforme estabelecido na Lei 12.618/2012.

Art. 16. As contribuições do patrocinador e do participante incidirão sobre a parcela da base de contribuição que exceder o limite máximo a que se refere o art. 3º desta Lei, observado o disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal.

§ 3º A alíquota da contribuição do patrocinador será igual à do participante, observado o disposto no regulamento do plano de benefícios, e não poderá exceder o percentual de 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento).

Para cada um real do servidor, o ente federativo deve depositar outro um real na conta individual de capitalização previdenciária. Caso o servidor não adira, não haverá esse aporte patronal.

Todo esse iter foi necessário para esclarecer a interseção entre a extinção do regime próprio e o seu impacto no RPC. Surgem três cenários para o ente federativo e para o servidor público.

a) RPPS e RPC instituídos: em caso de extinção do RPPS, o mais indicado é manter o respectivo RPC para evitar a quebra da confiança pelo ente federativo em relação à opção pretérita do servidor, uma vez que foi influenciada pela vantagem prometida. Caso o ente defina a também extinção de sua obrigação junto ao RPC restaria ferido o princípio do não retrocesso.

O art. 34 da EC 103/2019 não prevê encaminhamento quanto ao regime complementar;

b) RPPS e RPC instituídos: em caso de não extinção do RPPS, nada muda em relação ao RPC e não há quebra alguma de confiança;

c) RPPS e RPC não instituídos: como a criação de novo RPPS é vedada pela EC 103/2019, pode-se afirmar que não haverá RPC a ser instituído, considerando que o regime complementar é obrigatório apenas para o ente que instituiu o regime próprio. Esse é o caso da maioria dos municípios brasileiros que jamais instituíram o seu RPPS.

Neste último cenário, o servidor público desse município não instituidor de regime próprio estaria em desvantagem em relação ao servidor público de um município que instituiu o RPPS e o RPC, pois jamais terá a chance de optar e receber o bônus patronal de 100% para sua conta individual capitalizável. Há quebra da isonomia entre esses dois servidores públicos equivalentes em direitos e deveres e o art. 34 da EC 103/2019 não trata dessa possibilidade, podendo dar azo a questionamento judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil adotou um sistema dicotômico de previdência social para o servidor público e para o trabalhador privado, o que não se coaduna com o ideal de igualdade, mas foi adotado em virtude das circunstâncias históricas que estão presentes também em outros países. Basicamente, a origem é a necessidade de proteção do estado. Por isso, profissões ligadas ao serviço público tiveram a primazia da proteção previdenciária.

A Constituição de 1988 manteve essa dicotomia. Contudo, a partir de 1993, portanto, apenas cinco anos após sua promulgação, iniciou-se a série de alterações constitucionais que promoveriam o constante desejo de equiparação dos regimes, por meio da aproximação de suas regras de concessão de benefícios ou retirada de privilégios. Ainda que esse movimento paramétrico fosse constante, até 2019 jamais se intensificou a ideia de unificação.

Com a reforma da previdência de 2019 essa ideia de unificação ganha força porque introduziu-se em nível constitucional a possibilidade de extinção do regime próprio, ainda que apresente superavit atuarial. Portanto, a decisão pela extinção é de natureza política, o que fragiliza a manutenção de regime próprio. A par dessa fragilização, a reforma de 2019 também proibiu a criação de novos regimes próprios por ente federativo que ainda não o tivesse criado.

Considerando que atualmente a manutenção de regime próprio apresenta custo organizacional e contributivo muito maior do que o regime geral de previdência social, ao nosso

ver o cenário é de progressiva opção política pela extinção de regime próprio de previdência social para aqueles entes federativos que o instituíram até a publicação da EC 103/2019.

Porém, nesse cenário de extinção restaria sem resposta o vácuo jurídico em relação ao regime de previdência complementar. A opção do servidor pelo regime complementar é motivada primordialmente pela contribuição patronal de 100% sobre sua contribuição em sua conta individual, porém, uma vez extinto o regime próprio, deve o ente manter o regime complementar sob pena de quebra da confiança com retrocesso de direito do servidor.

A vedação de criação de novo regime próprio também afeta a isonomia entre servidores porque o ente que não o tenha criado não está obrigado a criar o regime complementar para oferecer a vantagem da opção pela contribuição patronal de igual valor à contribuição do servidor na sua conta individual de capitalização.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Editora Edipro, 2^o edição, 2014.

Diário Oficial da União. **Anteprojeto constitucional elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985**, Brasília, DF, 1986.

BRASIL. **Constituição Política Do Imperio Do Brazil (De 25 De Março De 1824)**, Brasília, DF, Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 5/11/2024.

_____. **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (De 24 De Fevereiro De 1891)**, Brasília, DF, Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 5/11/2024.

_____. **Constituição Da Republica Dos Estados Unidos Do Brasil (De 16 De Julho De 1934)**, Brasília, DF, Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 5/11/2024.

_____. **Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil, De 10 De Novembro De 1937**, Brasília, DF, Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 5/11/2024.

_____. **Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil (De 18 De Setembro De 1946)**, Brasília, DF, Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 5/11/2024.

_____. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1967**, Brasília, DF, Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 5/11/2024.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, De 17 De Outubro De 1969**, Brasília, DF, Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emcor-69.htm. Acesso em 5/11/2024.

_____. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**, Brasília, DF, Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 5/11/2024.

ECONOMIA, Ministério da. **Exposição de motivos n. 29/2019-ME sobre a Emenda Constitucional 103/2019**. Subchefia de Assuntos Parlamentares. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/REFORMA%202019/ME/2019/0029.htm. Acesso em 23/10/2019.

GOES, Hugo. **A Nova Previdência: Uma Análise Completa da Reforma da Previdência pela Emenda Constitucional 103/2019**. Editora Juspodium, 2020.

NOGUEIRA, Narlon Gutierre. **O Equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado**, Brasília, Ministério da Previdência Social, 2012.